

EL PROBLEMA DE LA LLAMADA "DOBLE CALIFICACIÓN" REGISTRAL. NO EXISTEN DOS CALIFICACIONES SUPERPUESTAS

Roberto Blanquer Uberos
Notario Honorario

Sumario: 1. Una precisión terminológica. 2. A modo de introducción, una referencia de técnica jurídica. 3. La calificación del registrador, función de control y de redacción. 4. Referencia al registro de la propiedad y a la calificación del registrador en derechos europeos. 5. Exposición resumida del ordenamiento español. A) Calificación de las formas extrínsecas de la escritura pública. B) Calificación de la capacidad de los otorgantes. Capacidad natural según la escritura y según los asientos de resoluciones judiciales. La capacidad jurídica: (a) La calificación del negocio representativo. (b) La calificación de la legitimación dispositiva. 6. Especial referencia al control de la validez del acto dispositivo: A) introducción. B). El juicio de legalidad por el notario, llamado control notarial de legalidad. C). La calificación por el registrador de la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas. 7 A modo de conclusiones. Nota bibliográfica

1. UNA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

DOBLE, según el Diccionario de la Lengua: "dícese de **la cosa** que va acompañada de **otra** semejante y que juntas sirven para el mismo fin". De manera diferente, DUPLICAR significa "hacer doble **una cosa**". Conviene advertir que mientras en la palabra "doble" existen **dos cosas**, que son semejantes, una que acompaña y otra que va acompañada, y ambas sirven juntas para el mismo fin, en la palabra "duplicar" sólo existe **una cosa**, que se hace doble, de manera que ambas cosas, la inicial y la generada al

desdoblar, son iguales entre sí y sirven juntas o se acompañan.

CALIFICACIÓN, también según el D. de la L., es la acción o el resultado de "calificar"; y CALIFICAR, es un verbo transitivo que expresa la actividad de "Apreciar o determinar las calidades o circunstancias de una persona o cosa". Muy próximo está el sentido atribuido en el D de la RAE al sustantivo masculino "CONTROL", dice que significa "inspección, fiscalización, intervención"; y en el D de María Moliner tiene un primer significado de "inspección, observación, vigilancia". La acción de calificar recae sobre, o se refiere a, un objeto o

una conducta que son externos al que califica y el resultado de la calificación puede ser favorable o contrario a lo calificado; el control también se ejerce sobre un objeto o una conducta que por definición es externo a la actividad del controlador al que corresponde decidir acerca del resultado del control ejercido.

REGISTRAL, es palabra de uso frecuente que no aparece en el D. de la L.. Podemos entender que se trata de un adjetivo expresivo de la actividad del Registrador.

EL PROBLEMA planteado puede llegar a ser considerado ficticio y, en consecuencia, puede tener una solución aceptable mediante el análisis acerca de: a) si es posible la existencia real de una duplicidad de calificaciones, o de controles, que se solapan o superponen o b) de la realidad fáctica de la existencia de dos calificaciones, o dos controles, cada una de los cuales se produzca en un momento diferente y obedezca a finalidades que le sean específicas y estén diferenciadas, en sí y en sus efectos, de las que sean propias de la otra calificación o del otro control. Al estudio de este problema dedicaré mi atención, con una referencia final a una cuestión particular.

2. A MODO DE INTRODUCCIÓN, UNA REFERENCIA GENÉRICA DE TÉCNICA JURÍDICA

Se puede entender, tal y como se plantea el problema, que juzgo ficticio, que la “calificación registral” acompaña a, o va acompañada de, otra “calificación” previa (que sería la notarial) y que ambas sirven para el mismo fin. Pero en la realidad de las normas y de los acontecimientos, ocurre que cada una de estas calificaciones, o controles, tiene por objeto o materia la comprobación de determinadas calidades o circunstancias. Intentaré describir que ambas calificaciones, o ambos controles no se superponen y repiten, sino que se complementan. El tema de la “validez” merece es-

pecial atención, sin desdeñar la importancia de otras circunstancias objeto de calificación.

Como señaló algún autor (Sanz Fernández, 1955, 2ºT., 161), del sistema seguido por la RO de 24 de noviembre de 1874 y la LH de 1909, que sometía a la calificación del Registrador *la validez de las obligaciones*, produjo la existencia de una doble calificación: la del Notario autorizante del título y la del Registrador. Recientemente se ha negado la existencia de doble calificación; invocando que una vez producida la inscripción el derecho contenido en el título adquiere unos efectos que anteriormente no tenía (Gómez Gállego, 1997, 154). Esta argumentación no se ajusta a nuestro derecho; creo que los efectos de la inscripción no nacen de la calificación sino que tienen su raíz en la eficacia sustantiva que le atribuye la LH. Niego, como este autor pero con otro fundamento, la doble calificación; espero poder demostrarlo.

Al tratar de la “doble calificación” vemos cómo se hace, en realidad, referencia a dos cosas distintas, a cada una de dos calificaciones diferentes, la notarial y la registral. Siendo distintas, hay una coincidencia entre ellas, al referirse ambas a unas mismas cualidades jurídicas y servir para un mismo fin: la eficacia de la publicidad sustantiva del Registro en su cualidad de instrumento para lograr la seguridad jurídica del tráfico —de la adquisición y del crédito—, de la que nace la seguridad de ejercicio. Pero son distintas al presentar diferencias sustanciales, no obstante estar ambas al servicio de la seguridad jurídica; sus diferencias que se aprecian fácilmente valorando el momento de su producción: la una, la notarial, en el momento de la efectiva realidad del tráfico, en el de la realización de las transacciones con significado económico y patrimonial de presente, y la otra, la registral, en el momento de decidir acerca de la publicación de la mutación jurídica inmobiliaria ya producida a consecuencia de la transacción ya realizada.

Al servir, o estar destinadas, las dos distintas calificaciones a la obtención de un mismo resultado final, a la seguridad jurídica de las transacciones y de su resultado, una y otra se

complementan. Pero a consecuencia de producirse cada calificación en el momento oportuno y en el ámbito que le es propio, tiene cada una su peculiar significado que determina su diferente singularidad. Las notas de individualidad de cada una impide que entre ambas nazca solapamiento determinante de una duplicidad.

Puesto que el planteamiento del tema de debate toma en consideración a la “calificación registral” como “doble” respecto de la notarial, comenzaré con la exposición de mi punto de vista acerca de la función y del alcance de la calificación a cargo del Registrador. Luego comentaré lo que afecta a la actividad del Notario acerca del “acto o contrato que autoriza”, que es el “acto o contrato en que consiste el otorgamiento”.

3. LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR, FUNCIÓN DE CONTROL Y DE REDACCIÓN

I.— Según el maestro Roca Sastre, el principio de legalidad es el que impone que los títulos que pretendan su inscripción en el Registro de la propiedad sean sometidos a un *previo examen, verificación o calificación*, a fin de que en los libros hipotecarios solamente tengan acceso los títulos válidos y perfectos. En nuestro sistema los asientos practicados en el Registro se presumen o reputan exactos y concordantes con la realidad jurídica; es lógica la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada. De lo contrario los asientos sólo servirían para engañar, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos conflictos. Según la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, “el Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva”. Se considera criticable, añade, la dualidad que resulta de la apreciación jurídica de un mismo acto por el Notario y el Registrador, y que podría evitarse distinguiendo en los títulos inscribibles el ne-

gocio obligatorio y el negocio de disposición. (Roca Sastre, T 2., 6ª ed., 1968, 239, y ss.). Me atrevo a comentar que en nuestro ordenamiento cabe la distinción entre el contrato celebrado con finalidad traslativa (para que sirva de título a un modo traslativo), según su tipo, y la tradición, o entrega, que no es un negocio autónomo o abstracto de disposición, ya que se configura como un acto voluntario realizado con la finalidad de cumplir la obligación contraída en aquel contrato y de consumir el efecto traslativo; cuya distinción no excusa la necesidad de la existencia de vínculo causal entre el contrato con finalidad traslativa y la tradición mediante la que se consuma la transmisión (cfr. art. 609 C C).

La función de la calificación del Registrador se manifiesta con claro sentido cuando tiene por objeto el control de un obrar jurídico cuyo acceso al Registro se pretende para obtener la seguridad jurídica que la publicidad registral proporciona a la actividad jurídica controlada; cuya seguridad se añade a la que debe concurrir en el acto o acción de obrar jurídico, justificativo de la inscripción, a consecuencia de las notas características que son propias de su formación y de su formalización. Pero la función calificadora no concluye cuando el Registrador adopta una decisión referente al ingreso del acto en los libros del Registro; pues cuando fuese favorable debe proceder, además, a calificar aquella parte del contenido del título que, por tener trascendencia real, debe constar en el asiento, o en la inscripción, fijando “como un copista aquello que del documento debe ser trasladado a los libros con arreglo a las prescripciones legales” (así, Lacruz Berdejo, 2ª ed., 1957, 143). Así resulta de lo dispuesto en el art. 9. 2ª LH: “La inscripción expresará las circunstancias siguientes: 2ª. La naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, el derecho que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título”. Una vez concluida la función calificadora el Registrador practicará la inscripción, en la que “el funcionario nada declara por sí, y se limita a trasladar lo que otros declararon” (Lacruz Berdejo, 2ª ed., 1957, 144). La inscrip-

ción (el acta de inscripción) es un documento que tiene valor probatorio variado; es prueba del título inscrito (art. 9, in fine, LH), prueba de segundo grado del título inscrito (cfr. art. 1222 CC y dos últimos párrafos del art. 1221 CC), el cual tiene valor probatorio de primer grado. En otra esfera jurídica el contenido de la inscripción, el texto expresado en su redacción, es prueba de primer grado de la materia publicada por el Registro; cuya materia es el contenido registral que, por la eficacia de la inscripción, presta amparo a la adquisición realizada y asegura el derecho adquirido (arts 32, 34, 37 y 38 LH) (Lacruz Berdejo, 2ª ed., 1957, 144 y 145). El Registro de la propiedad es un Registro de derechos, pero el título inscrito es el germen, la condición, límite y causa del modo, por tanto del derecho publicado por su inscripción; el derecho real es un pago o cumplimiento de una obligación de dar —traditio respecto de la compraventa—. (Núñez Lagos —Rafael— 1949-250, 145).

Es necesario que se logre el efectivo conocimiento (por vía de la facilidad de su publicación o de su publicación, hoy favorecida la inmediatez por medios electrónicos) de la inscripción vigente en la hoja o folio de un inmueble para que, “como dice Don Jerónimo González, puedan alcanzarse los fines jurídicos y sociales que la fe pública del Registro persigue” (Lacruz Berdejo, 2ª ed., 1957, 368) en beneficio de la seguridad del tráfico. El adquirente de un bien inmueble, o de un derecho sobre él o de un crédito con garantía sobre él, sólo habrá realizado una adquisición segura cuando pueda contar con que nadie ha de perturbarle en su derecho. Para ello tendrá que saber con toda certeza que quien le ha transmitido la cosa, o ha constituido el derecho o la garantía real sobre ella, era propietario de la cosa, y podía disponer de ella (Díez-Picazo y Ponce de León, III, 4ª ed., 1993, 294). No puedo detenerme en comentar la necesaria delimitación del contenido del Registro a las cláusulas de trascendencia real contenidas en el título inscrito; en la facilitación de la publicidad divulgativa de los asientos del Registro y en la conveniencia de evitar la expresión en

el asiento de datos extraños a la identificación del derecho real obrante en el asiento; tampoco en valorar, en relación con todo ello, que “el Registro de la Propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos” (art. 607 CC), y la eficacia que debe tener esta publicidad formal en relación con las necesidades del tráfico moderno.

El presunto, o pretendiente, adquirente debe poder solicitar y obtener, personalmente o por medio del Notario encargado al efecto, información del contenido de la inscripción que esté vigente, o de las inscripciones vigentes, en el folio del inmueble, o en los libros de incapacitados, pues dicho contenido configurará, en virtud de la fe pública registral, a efectos de la inscripción en el Registro y frente a otros terceros, ya inscritos o que después puedan pretender la inscripción de su título, la extensión de la adquisición realizada por aquél, en tanto que la firmeza de esta adquisición resultará de haberla realizado con la buena fe que resulte de su convicción en la exactitud del contenido registral o de su ignorancia inexcusable de la inexactitud de lo publicado.

II.— El Registro de la propiedad es un organismo establecido por nuestro legislador a fin de conciliar, en cuanto al patrimonio inmueble de una persona, tanto la seguridad de los derechos ya adquiridos como la seguridad de su obrar jurídico consistente en la adquisición de bienes inmuebles o de derechos reales sobre ellos; a esta última se llama seguridad del tráfico, y comprende la seguridad del comercio y la seguridad del crédito. (Lacruz Berdejo, 2ª ed., 1957, 1 y 2).

Acerca de la función encomendada al Registro de la Propiedad puede decirse con exactitud que “los efectos protectores del Registro provienen de una realidad compleja y unitaria: el título inscrito” (Martínez Sanchíz, 2000, 137)

La primera función, en sentido cronológico, propia del Registro al servicio de la seguridad del tráfico es la de proporcionar al adquirente

rente de un derecho o de una facultad sobre un inmueble inscrito la firmeza de su adquisición, ya realizada en el obrar jurídico entre las partes; la segunda función, en el tiempo, es la de proporcionar al adquirente cuyo derecho o facultad ya adquirido tuvo acceso al Registro la seguridad en el goce y en el ejercicio de su derecho, incluido el de las facultades de disposición de éste. El obrar jurídico precisa que le sea dispensada, en el tiempo de su realización, su propia seguridad, que es el punto de partida y de apoyo adecuado para proporcionar la seguridad en el tráfico y en el crédito, a la que sigue la obtención de la seguridad en el disfrute de los derechos adquiridos cuyo título haya sido inscrito.

En la realización de la función que procura la seguridad en el tráfico puede, y debe, prestarse atención a dos momentos diferentes de realización sucesiva. El primer momento consiste en la posibilidad, reconocida a quien proyecte adquirir un derecho o una garantía real, de obtener información acerca de la situación jurídica del inmueble a que se refiera la posible adquisición, de la situación que aparezca publicada en el asiento vigente, o en los asientos vigentes, del folio registral abierto al inmueble de que se trate. El segundo momento ocurre cuando el título, ya nacido en el ámbito del tráfico, es presentado en el Registro y, pedida su inscripción, se califica para decidir si procede, o no, su inscripción y, si procede su inscripción, para decidir la redacción del asiento correspondiente. El contenido registral, que resulte de la redacción del asiento, goza de presunción de veracidad y se considera una publicación exacta de la realidad extra registral, y presenta o expresa la legitimación —presunta en términos generales y efectiva a los efectos inmediatos nacidos de la inscripción— de quien resulte titular, y ampara la firmeza de la adquisición realizada, siempre que haya sido dispuesta por el titular registral y aceptada por el adquirente confiando, de buena fe, en la exactitud de la publicada titularidad de aquél.

El funcionamiento del Registro, concebido como organismo para proporcionar seguridad jurídica, presenta una estructura particular:

primero recibe el título, nacido en el tráfico; luego, en virtud de calificación favorable, lo representa en el texto de una acta de inscripción en la que se identifica “el derecho que se inscriba” “conforme con lo que resulte del título” (art. 9 2ª LH); y finalmente se ofrece mediante la publicidad formal, o la divulgación en la forma establecida, a cualquier interesado como posible adquirente, la obtención de información del contenido registral; el cual le proporcionará seguridad jurídica si procediese de buena fe por confiar en él y desconocer inexcusablemente la inexactitud del Registro, cuando la hubiese podido y debido conocer (cfr. arts. 34 y 36 LH). El funcionamiento del Registro sugiere la figura de una circunferencia incompleta, que estuviese abierta en un punto al tráfico, para dar entrada a la realidad jurídica de lo ocurrido en el tráfico y a su inseparable trascendencia patrimonial.

4. REFERENCIA AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y A LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR EN DERECHOS EUROPEOS

Conviene realizar una excursión por algunos sistemas continentales europeos. Nos basta contemplar las líneas generales de los sistemas más significativos.

Comento primeramente el sistema que puede denominarse francés, o de oponibilidad, carácter sustantivo más significativo que la transcripción como forma de la toma de razón. En este ordenamiento la transmisión de los inmuebles y la constitución de los derechos reales inmobiliarios se produce a consecuencia del mero consentimiento contractual (“solo consensu”) entre vendedor y comprador. La venta de la cosa de otro es nula; puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios cuando el comprador ha ignorado que la cosa fuera de otro y deba soportar que la reclamación del *verus dominus* tenga éxito. Una vez producida la mutación inmobiliaria tiene acceso al Regis-

tro de la propiedad, más propiamente según la terminología francesa: al “bureau des hypothèques” (que funciona en dependencia del Ministerio de Economía y Finanzas) a cargo de un “conservateur des hypothèques” (que es un funcionario público nombrado por la Administración de Finanzas, de la que depende en el ejercicio de su función). El “bureau” se lleva por sistema de fichas, que presentan la situación jurídica actual de cada inmueble; y la modificación de la situación jurídica de un inmueble, una vez publicada en el “bureau” dará lugar a una mutación catastral (pues existe una íntima conexión entre ambas instituciones). La inscripción en el “bureau” es necesaria para que los privilegios y las hipotecas produzcan efecto entre acreedores y frente a adquirentes posteriores; y es obligatoria para los demás derechos sobre un inmueble, distintos que los privilegios y las hipotecas: los documentos auténticos y las decisiones judiciales sujetos a publicidad que hayan incumplido esta obligación y no hayan sido publicados (inscritos) no son oponibles a los terceros que, sobre el mismo inmueble, hayan adquirido, del mismo causante derechos concurrentes en virtud de documento notarial o de decisión judicial sujetos a la misma obligación de publicidad y que hayan sido publicados (inscritos). De manera plenamente coherente con el sistema, el conservador de hipotecas (el Registrador) debe realizar una labor de control acerca: i) de la forma del documento (sea notarial o judicial) —referida a las formalidades que acrediten su autenticidad y a la exactitud, a la regularidad de los términos o expresiones empleados y a su adecuación para la publicidad inmobiliaria—; y ii) de que el contrato tiene como causante, transmitente o constituyente, al sujeto que aparece en el “bureau” como propietario. El documento referente a un privilegio o a una hipoteca debe reunir las cualidades y requisitos “sustantivos o estructurales” establecidos para su acceso al registro, a cuyo extremo se extiende también la labor de control del “conservateur”. Pero a éste no le corresponde juzgar acerca de la validez de fondo de los documentos presentados, materia sometida a la decisión de los tribunales ante

los que se plantee la oponibilidad de un documento inscrito frente a uno no inscrito.

En el sistema que puede denominarse alemán (o de inscripción constitutiva) las cosas ocurren de manera diferente, podríamos decir que opuesta. La transmisión de la propiedad inmueble y el establecimiento de los derechos reales inmobiliarios se producen a consecuencia de la práctica de la operación, o del asiento, registral que resulte procedente: la inscripción en el Registro es requisito necesario y por sí solo suficiente para la producción de la mutación inmobiliaria; la inscripción es constitutiva del efecto jurídico. La mutación inmobiliaria se produce mediante la extensión en el Registro inmobiliario del asiento correspondiente; las partes interesadas en la mutación (el transmitente o constituyente y el adquirente) deben formular una declaración de voluntad, empleando forma pública y auténtica, dirigida a la consecución de la mutación inmobiliaria mediante obtener la práctica de la operación registral adecuada; cuya declaración aparece desconectada de la operación contractual previa; la relación causal entre ésta, que tiene claro significado como precedente patrimonial y económico, y el efecto inmobiliario que justifica, se abstrae. En la doctrina se han estudiado los problemas y dificultades planteados por las exigencias de la justificación de los efectos jurídicos y del realismo en el tráfico patrimonial a consecuencia de la desconexión causal. En la práctica de los negocios ha sido la previsión notarial la que ha procurado reducir los riesgos nacidos de la abstracción causal bien mediante la solicitud por el Notario, al que se hubiese encomendado la gestión de la operación patrimonial y jurídica, de la anotación de reserva de rango en el Registro a favor de la mutación proyectada subsiguiente al contrato, o bien coordinando el pago del precio con la seguridad proporcionada por la reserva conseguida o con la práctica del asiento registral a favor del adquirente. Es frecuente que en un mismo documento notarial se formalice el contrato obligatorio previo y el negocio dispositivo abstracto. En Alemania el registro inmobiliario, en el que se produce la mutación inmobiliaria,

forma parte del Registro Civil de Primera Instancia y está a cargo de un funcionario judicial de tercer nivel. El control que el encargado del Registro debe realizar del documento presentado para su inscripción se limita al examen formal de la escritura notarial y de la suficiencia y adecuación de las declaraciones que contuviese para la práctica del asiento registral pretendido (me refiero al tráfico pacífico en la normalidad del derecho sin entrar en la toma de razón de los documentos judiciales); la calificación no puede referirse a ninguno de los aspectos del negocio causal (en sentido jurídico o patrimonial), ni mucho menos a su legalidad; es una consecuencia natural de su desconexión causal con el negocio dispositivo y abstracto dirigido a provocar la operación registral y, mediante ésta, la mutación inmobiliaria.

Es intermedio, en cierto modo, el sistema adoptado por el derecho holandés. En él tiene carácter constitutivo el binomio formado por el contrato y la inscripción. La inscripción del contrato en el Registro es necesaria para que se produzca la mutación inmobiliaria; pero la inscripción por sí sola no es suficiente. Resulta necesaria para la transmisión de la propiedad inmobiliaria la llamada “entrega jurídica de la propiedad”, cuya figura se consume mediante: a) el otorgamiento de una escritura notarial y b) su inscripción en el Registro. El elemento causal se sitúa en la escritura notarial (en la que además se formalice o en la que se otorgue el contrato causal) y la consumación del efecto traslativo causalizado en la inscripción de la escritura en el Registro. La Ley ha encomendado al Notario, sancionando una práctica notarial, la gestión adecuada para obtener la inscripción y para, una vez obtenida, pagar al transmitente el precio de la venta que el comprador dejó depositado en su poder al otorgar bajo su fe el contrato causal. En Holanda la oficina del Registro inmobiliario es una dependencia del Servicio del Catastro y los Registros Públicos; está gerenciada, o dirigida, por un empleado de dicho Servicio, que depende del Ministerio de Vivienda, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente. El responsable del Registro inmobiliario debe examinar los documentos

presentados para su inscripción en cuya labor observará el llamado principio de pasividad: conforme al cual el encargado del Registro inmobiliario se limita a comprobar que el documento (que debe ser un documento notarial en el que se formalice la “entrega jurídica”) reúne los requisitos formales y que el contenido del Registro no se opone a su recepción; añadiéndose de modo expreso que el encargado no tiene competencia para comprobar la exactitud o legalidad de los hechos mencionados en los documentos que les son presentados. Conviene advertir que entre los requisitos formales que debe reunir el documento se encuentra la constancia de los datos y extremos que deben consignarse en el asiento de inscripción, según la naturaleza y la sustancia del contrato formalizado.

Resulta imprescindible relacionar la extensión de la función de control, o de la calificación, atribuida al encargado del Registro de la propiedad en cada ordenamiento con una triple referencia: i) con el sistema de la transmisión de la propiedad inmueble y del establecimiento de los derechos reales inmobiliarios, ii) el título que motiva la operación registral, nacida de un negocio entre privados, es siempre una escritura pública notarial y iii) con los efectos sustantivos derivados de la práctica de la inscripción registral. El tráfico necesita que el Registro proporcione un servicio de llegada (publicidad sustantiva para la seguridad de los derechos y del resultado del tráfico realizado) y, con tanta o mayor intensidad, un servicio de salida (publicidad formal, que proporcione los datos que permitan la segura celebración en el tráfico patrimonial y jurídico de los actos y contratos que persigan una mutación jurídico inmobiliaria).

No entro con detalle en el papel que corresponde al Registro como instrumento divulgativo (publicidad formal) de la situación registrada (publicidad sustantiva) de la propiedad, de los derechos reales, de los privilegios y de las garantías hipotecarias; si bien resulta imprescindible destacar su importancia. El acceso al Registro del título inscribible, en sentido formal (documental) y material (acto o contrato

documentado), proporciona a su contenido, —a las situaciones y posiciones jurídicas que presenta—, una firmeza que significa seguridad jurídica. Aparte de ello, en el momento de negociar, de proceder la formación y a la celebración de los actos y de los contratos dirigidos a la producción de una mutación inmobiliaria los sujetos partícipes en el tráfico necesitan la previa obtención, mediante información diligente, precisa y concreta, de aquellos datos adecuados y precisos que les permitan confiar en el buen fin de sus negociaciones; y es el Registro inmobiliario la fuente de la que pueden obtener antecedentes “seguros”, dotados de presunción de veracidad y de validez, y noticia de la situación actual que consta inscrita, sobre cuyos datos apoyar los contratos proyectados de manera que su buen fin patrimonial y jurídico sea sólidamente esperable.

En el sistema francés la toma de razón en el “Bureau” publica quién es el sujeto propietario y, en su caso, las condiciones de su propiedad, o quién es el titular de un privilegio o de una hipoteca (definidos por las notas de constancia necesaria) o de un derecho sobre inmuebles distintos del privilegio o de la hipoteca (definidos según su tipo y los pactos de su establecimiento), los cuales gozan de una situación que es oponible en los términos que se explicaron. Con independencia de la técnica de la toma de razón (trascrición del título o su depósito con constancia en ficha) la información que suministra el Registro a “interesados legítimos”, para la adecuada composición de sus actos y contratos, se concreta a la identidad del titular de la propiedad y, en su caso, a las particulares circunstancias de ésta, a la identidad de los titulares de los derechos, y de los privilegios e hipotecas y a las notas de estos; pero sin comprender otros extremos del título trascrito o depositado.

La situación resulta notablemente simplificada en el sistema alemán. Al carácter abstracto del documento auténtico que motiva el nuevo asiento y la mutación inmobiliaria debe añadirse la objetividad que preside la enumeración, si procediese, de las notas diferenciadoras del tipo de propiedad de que se trate y la

tipificación legal de los posibles derechos reales en cosa ajena, sin perjuicio de la existencia de elementos singulares en los casos particulares y de los que necesariamente deben acompañar a la hipoteca. Cuando alguien que vaya a celebrar una operación negocial inmobiliaria (un contrato obligatorio seguido por, o vinculado a, un contrato abstracto dispositivo) solicite información expresiva de la situación sustantiva del bien, publicada en el Registro, la recibirá completa y veraz, pero exclusivamente referida, según los datos jurídico-reales que constan en el Registro, a los aspectos jurídicos del inmueble, de su titularidad y de los derechos inmobiliarios que lo gravan.

No resulta sencilla la exposición de lo que ocurre en el derecho holandés. El Registro publica la “entrega jurídica de la propiedad”; la inscripción (constitutiva de la transmisión, incluso entre partes) se produce por la presentación de la escritura notarial mediante la que se otorgue dicha entrega; pero el asiento registral se concreta a la “entrega”. Similar tratamiento se da al caso de constitución de un derecho real, típico, o de una garantía hipotecaria, con las menciones imprescindibles. Las relaciones obligatorias quedan ajenas a la “entrega”. Por todo ello, la información que el Registro debe facilitar a los interesados, que proyecten una operación patrimonial inmobiliaria, quedará concretada a los extremos que consten en el Registro, que no trascienden de la esfera inmobiliaria por lo que no comprenden la relación obligatoria nacida del contrato causal.

5. EXPOSICIÓN RESUMIDA DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La mutación jurídica inmobiliaria, la transmisión de la propiedad o el establecimiento de derechos reales de gravamen, se producen extra-registralmente, fuera del Registro y con independencia de su inscripción; salvo en el caso de la hipoteca en el que la inscripción es obligatoria, o constitutiva, para la sujeción del bien a la seguridad del derecho de un acreedor y del privilegio de éste para ser pagado por

el orden resultante del rango registral en todo caso de realización o ejecución del bien hipotecado, incluso en un procedimiento concursal. En los tres sistemas europeos aludidos la intervención del Registro en la mutación inmobiliaria (sea para publicar la ya consumada —sistema francés—, sea para su producción mediante su publicación —sistema alemán—, sea para completar su producción y publicarla —sistema holandés—) se verifica en virtud de un documento auténtico, que cuando procede del tráfico entre privados es una escritura notarial. Igual ocurre en nuestro ordenamiento, las nutaciones inmobiliarias, los títulos materiales o sustantivos que las causen en el tráfico extrajudicial, sólo podrán ser inscritos cuando estén consignados en escritura pública, documento auténtico que presenta o formaliza al contrato causal de finalidad traslativa o constitutiva. No debemos ocuparnos de lo establecido, para casos ajenos al tráfico entre privados en la normalidad y sin conflicto, como es el caso de la ejecutoria (testimonio de sentencia condenatoria), o del documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos.

La presentación de la escritura pública es el momento que provoca el inicio de la actividad del Registrador; actividad denominada procedimiento de inscripción. Tiene singular relieve para el tema que nos ocupa el ejercicio de la función de control (la calificación) de las escrituras públicas presentadas. El Registrador controla la escritura presentada en su condición de funcionario a cuyo cargo está el funcionamiento del Registro de la propiedad. Este es una oficina pública que depende del Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado; cada Registrador forma parte de un cuerpo de juristas de reconocida capacidad. La función de calificación tiene, al menos, dos facetas: el control del título que haya sido presentado, en su aspecto formal y en el material, y la selección de aquella parte de su contenido que deba tener acceso al Registro y deba quedar integrado en el texto del asiento de inscripción (cfr. art. 9. 2.ª, 4.ª

y 6.ª LH), redactado de conformidad con el título presentado (art. 9. párrafo final LH).

El alcance, o la extensión, de la calificación, en su calidad de control sobre el título cuya inscripción se pretenda, está fijado en la LH en unos términos acerca de los que es conveniente una interpretación aclarativa.

A) Son objeto o materia de la calificación “las formas extrínsecas de la escritura pública en cuya virtud se solicite la inscripción”. Ha sido detenidamente estudiada la materia referente a las formas extrínsecas que debe reunir un documento que aparentemente sea una escritura notarial para serlo realmente y merecer el tratamiento correspondiente a un documento público (cfr. arts. 1216 y 1217 CC y la legislación notarial). No creo que quepa la posibilidad de una doble calificación. La conducta que ha de realizar el Notario en el ejercicio de su función comprende el cumplimiento de las formalidades establecidas; tiene una faceta “fáctica” y otra “presentativa”: en la primera se sitúan los hechos y los juicios del Notario y los hechos de los comparecientes, que deben ocurrir con ocasión de la realización del “acto del otorgamiento” (que podrían denominarse “formalidades extrínsecas” e incluyen lo referente a la redacción y confección material de la escritura), y en la segunda lo referente a la redacción expresiva, para unos representativa y para otros presentativa, del “acto en que consiste el otorgamiento”, cuyo acto realizado por los comparecientes, consiste en la prestación del consentimiento o el otorgamiento negocial (llamadas “formalidades intrínsecas”); unas y otras formalidades ajustadas a “las solemnidades requeridas por la ley”. El control que debe ejercer el Registrador sobre las llamadas “formas extrínsecas”, consiste en comprobar que la redacción del documento exprese, o acredite, el cumplimiento en el “acto de su otorgamiento” de las solemnidades requeridas por la ley y por la legislación notarial, cuyo cumplimiento determina que el documento sea escritura pública notarial y que valga como título formal de la inscripción solicitada. El control de las que podemos llamar “formas intrínsecas” consiste en la “calificación de la validez de los actos

dispositivos”, de la que nos ocuparemos más adelante.

B) “La capacidad de los otorgantes” también es objeto de calificación por el Registrador. Se comprenden varios supuestos en la expresión genérica “la capacidad de los otorgantes”.

El primer supuesto comprende la calificación de la “capacidad natural de los otorgantes”, de la aptitud para prestar o manifestar consentimiento, por lo que resulte de las escrituras públicas. Esta calificación no significa que el Registrador realice un control directo de la capacidad, sino que, de modo indirecto, lo ejerce por lo que resulte de las escrituras públicas, en la que el notario al dar fe conforme a las leyes debe valorar y enjuiciar la capacidad y la identidad de los comparecientes para otorgar el acto o contrato en que consiste el otorgamiento (arts. 1 y 23 LN). Debe entenderse que la calificación registral propiamente tiene por objeto el control de la constancia en la escritura de la manifestación hecha por el Notario de que a su juicio “los otorgantes tienen la capacidad natural para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiere”, cuya mención también es un requisito de forma extrínseca de la escritura, (cfr. art. 17 bis. 2. a) LN, en el que dice que “el notario deberá dar fe... de que tienen capacidad”, aunque esta impropia expresión impone al Notario el deber de formar y de narrar en el documento un juicio o una opinión que debe estar bien fundada). En esta calificación no concurren las notas de un control directo porque el Registrador no asiste al “acto del otorgamiento” y carece de datos presenciales o inmediatos que le permitan valorar personal y directamente la capacidad de quienes declaran o manifiestan voluntad en la perfección del “acto negocial en que consiste el otorgamiento”. El Registrador deberá calificar que en el texto documental de la escritura conste que el Notario da fe, o emite su juicio, acerca de la suficiente capacidad natural de los otorgantes. No hay dualidad o superposición de calificaciones; cada una se produce en un momento y con un significado propio y diverso del de la otra.

En segundo lugar, el control de “la capacidad natural de los otorgantes” puede ejercerse, además de por lo que resulte de la escritura, también por lo que resulte de los asientos del Registro en los que consten resoluciones judiciales “por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes”. El uso por el Registrador de los asientos del Registro para calificar es procedente tanto en la hipótesis de que dichas resoluciones hayan sido conocidas y valoradas por el Notario, que en consecuencia haya reseñado en la escritura el resultado de su calificación y su juicio de capacidad a la vista del testimonio de dichas resoluciones (sin excluir la posibilidad de que el resultado de la calificación y juicio del Registrador, vistos los asientos del registro, no coincida con el del Notario), como en el caso de que tales calificaciones judiciales no hubiesen sido conocidas por el Notario, al que se le hubiesen ocultado por cualquier causa o motivo.

Aparece un tercer sentido del juicio acerca de la “capacidad de los otorgantes” cuando se valora su capacidad jurídica, su legitimación adecuada para disponer o convenir el “acto o contrato en que consiste el otorgamiento” con eficacia respecto de su objeto; este sentido se desdobra en diversos casos: uno, cuando se trata de calificar o valorar la suficiencia de la facultad dispositiva nacida de la titularidad propia del otorgante sobre la materia que sea objeto del “acto dispositivo contenido en la escritura pública” (lo que nos conduce al tema de su *validez* —o más propiamente, de su idoneidad o eficacia para la práctica de la mutación jurídica pretendida y para obtener la inscripción solicitada—), y otro, cuando se califica la suficiencia de las facultades dispositivas que hayan sido atribuidas a un compareciente para contratar en nombre ajeno, a un representante —voluntario u orgánico—, lo que nos lleva a la esfera de la “capacidad del otorgante”, entendida como aptitud o cualidad para que el acto o contrato representativo en el que participe pueda producir sus naturales efectos.

Los dos casos comprendidos en este tercer sentido del juicio de capacidad, la legitimación

dispositiva, merecen tratamiento separado y propio.

(a) Comencemos por estudiar al negocio representativo, en particular desde la perspectiva que nos ocupa, y al juicio de suficiencia de los poderes de representación; se trata de un caso singular de calificación de la capacidad o de la legitimación del otorgante. El caso del apoderado, sea voluntario o sea orgánico, puede considerarse que es el de un sujeto legitimado por las facultades de representación.

El contrato celebrado a nombre de otro, el contrato representativo, adquiere completa eficacia y vincula al representado por la existencia de representación adecuada y suficiente.

Cuando la celebración de un contrato representativo sea el “hecho en que consiste el otorgamiento de una escritura notarial” el Notario, al dar fe “conforme a las leyes”, expresará (deberá expresar) en el texto de la escritura su juicio acerca de la suficiencia de las facultades de representación que se le hayan acreditado, e insertará en dicho texto una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada (cfr. art. 98 Ley 24/2001, de 27 de diciembre). Es evidente que el Notario, para realizar en el texto de la escritura tanto la “expresión” como la “reseña” indicadas, deberá estudiar, analizar o calificar la autenticidad del documento que le haya sido aportado y deberá formar su opinión o juicio, fundado en derecho, de la suficiencia de las facultades representativas que resulten acreditadas por el documento auténtico aportado para el otorgamiento del acto o contrato representativo de que se trate. Es oportuno comentar acerca de la posible conducta del Notario al que se proponga la autorización de un contrato representativo, sin acreditársele representación suficiente, ya que debe conducirse conforme a las leyes.

Cuando un compareciente alegase una representación que no pudiese acreditar o cuando la acreditada no fuese considerada suficiente por el Notario, éste advertirá de la imposibilidad de emitir juicio de suficiencia de la representación o del apoderamiento y de la de

autorizar una escritura completa (al no poder cumplir los imperativos legales: “insertará” y “reseñará”) en cuanto a las formalidades que deben concurrir en su redacción, por lo que el contrato que documente la escritura incompleta carecerá de su propia y plena eficacia, será un contrato claudicante y relativamente ineficaz de presente (cfr. art. 1259 CC); de lo cual resulta la posibilidad de que las partes comparecientes decidan proceder al otorgamiento del contrato representativo claudicante, por carecer de representación, y para ello acepten y declaren, y así se haga constar de manera en el texto de la escritura, que su eficacia representativa quede subordinada a que se acredite la representación en un momento posterior o a que después del otorgamiento del acto o contrato “escriturado” (representativo incompleto) se ratifique por el “representado”, dotándolo de eficacia representativa antes de que la otra parte contratante lo revoque dejándolo nulo.

Al igual que ocurre con la “capacidad de los otorgantes”, en cuyo caso la calificación del Registrador no recae sobre la “capacidad” en sí sino sobre el juicio que acerca de ella haya formado el Notario y sobre la manifestación (dación de fe) de dicho juicio hecha al redactar la escritura sujeta a calificación, en el caso de la “suficiencia de la representación alegada” la calificación registral no tendrá por objeto dicha suficiencia en sí misma considerada sino que recaerá sobre la adecuada narración en la escritura de la reseña identificativa del documento auténtico aportado al Notario para acreditar la representación alegada y del juicio formado por éste acerca de la suficiencia de las facultades representativas alegadas para el otorgamiento del acto o contrato representativo (art. 98. 2, segunda frase, Ley 24/2001)

Cuando en el texto de la escritura, por acuerdo de los comparecientes que confían en poder aportar después la prueba de la representación o en que se produzca la ratificación, no se hubiese narrado ni la reseña identificativa del documento auténtico que acreditase la representación ni el juicio de suficiencia de la representación alegada, el contrato presentado en la escritura aparece, valorado en lo sustan-

tivo, como claudicante y carente de las cualidades propias del título idóneo para causar un asiento de inscripción. El Registrador, a falta de prueba de la representación o de ratificación, no podrá practicar la inscripción, tanto por causa de la ineficacia sustantiva de presente del acto o contrato representativo como por la imposibilidad de extender el asiento de inscripción, según las normas del procedimiento que debe seguir el Registrador para practicarlos (cfr. arts. 20 y 9. 4ª LH).

No existe en este caso una dualidad de calificaciones que recaigan sobre una misma cosa; aparece adaptada cada una de ellas a las circunstancias particulares del momento diferente en el que se produce: una en el momento del “acto de la autorización y del otorgamiento” de la escritura que formalice o presente el “hecho en que consiste el otorgamiento” o sea el “contrato representativo” y la otra en el momento de la calificación de dicha escritura para controlar su idoneidad al efecto de servir como título para la práctica de un asiento de una inscripción en el Registro.

(b) El caso del que vamos a ocuparnos se refiere a aquellos derechos en los que las facultades dispositivas de su titular resultan afectadas, excluidas o limitadas, por consecuencia de la propia naturaleza del derecho que ostente, del régimen jurídico al que esté sujeto o de algunas reglas particulares establecidas en el título de su constitución.

Se trata de estudiar la calificación por el Registrador de un “acto dispositivo” que hubiese sido consentido u otorgado por un titular cuando de su propio derecho, según la inscripción correspondiente, resulte la exclusión o la limitación de las facultades dispositivas que normalmente corresponden al titular de un derecho de ese tipo o de esa especie. El notario deberá (futuro imperativo) haber dado fe de que a su juicio los otorgantes tienen legitimación (art. 17 bis. 2. a) LN). Puede suceder que el notario manifieste que el cumplimiento del mandato legal le es imposible y que no puede dar fe conforme a las leyes del contrato pretendido si fuese celebrado pura y simplemente, ya que resultaría ineficaz o no podría acceder al

Registro; en cuyo caso las partes podrían modalizar al contrato sujetándolo a aplazamiento o a condiciones adecuadas para su inmediata, aunque parcial, eficacia.

Dando por descontado que en la inscripción que publique el derecho ostentado por el “disponente” consten su naturaleza y su extensión, y por tanto las limitaciones que afectan a las facultades dispositivas de su titular, el Registrador calificará el “acto dispositivo” que se pretenda inscribir, en cuanto a la práctica de la inscripción, por lo que resulte de la escritura presentada y de los asientos en los que conste la inscripción en el Registro del derecho. Este caso no cabe en el supuesto de la calificación de capacidad, y nos introduce en el tema de la calificación, o el juicio, por el Registrador acerca de “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”.

Conviene analizar con cierto detenimiento el alcance de esta calificación de “validez”.

6. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL DE LA “VALIDEZ” DEL ACTO DISPOSITIVO

A) INTRODUCCIÓN

La “validez”.— La palabra “validez” significa, según el Diccionario de la Lengua, de la RAE, “calidad de válido”. Y “válido”, según dicho Diccionario, es un adjetivo aplicable a lo “firme, subsistente y que vale o debe valer legalmente”. “Valer”, según el repetido Diccionario, es un verbo transitivo que expresa: “amparar, proteger, patrocinar”, o “redituar, fructificar o producir”, o “ser de naturaleza, o tener alguna calidad, que merezca aprecio y estimación”, o “ser una cosa de importancia o utilidad para la consecución o el logro de otra”. En su Diccionario del uso del Español, María Moliner, atribuye a “válido” (aplicado a compromisos, documentos en que constan, garantías, firmas, etc.) sentido de “con validez o capacidad para producir su efecto”. En el lenguaje jurídico “validez” se contrapone a “nulidad”; y “válido” se aplica al acto o con-

trato completo o idóneo para que su existencia sea reconocida o para que produzca los efectos propios de su tipo. No voy a intentar introducirme en la complicada teoría de la eficacia o ineficacia en general, en la que se estudian los problemas de la existencia o inexistencia, los de la validez o de la nulidad y la anulabilidad, y los de la eficacia o de la ineficacia en sentido estricto. Pero recordaré que en el derecho romano el adjetivo “nullus” se predicaba de los actos que no permitían el ejercicio de una acción, bien de ninguna acción o bien de la acción que correspondía a su índole o naturaleza; esto es, se predicaba de aquel acto al que no se reconocía aptitud para producir efecto, y resultaba rechazado porque no concurrían en el acto de su celebración los requisitos necesarios para el reconocimiento de su existencia y de su eficacia. “Nulo”, según el D. de la RAE., es un adjetivo que procede del latín *nullus* y significa “falto de valor y fuerza de obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes o por carecer de las formalidades que se requieren en la substancia o en el modo”. El CC (art. 6. 3.) dispone: “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”; la nulidad de pleno derecho significa la total falta de efectos, pero queda a salvo el acto contrario a la ley cuando ésta le atribuya algún efecto. Tiene serio fundamento sostener que válido es lo contrario de nulo o anulable; y que es válido el acto o contrato que sea conforme a las leyes y en cuya celebración concurren los requisitos establecidos; sin que podamos entrar en detalles acerca del fundamento de la exigencia de unos y de otros requisitos ni de la trascendencia de la falta de unos o de otros.

B) EL JUICIO DE LEGALIDAD POR EL NOTARIO, LLAMADO CONTROL NOTARIAL DE LEGALIDAD

Tengo clara conciencia de la delicadeza de este tema.

El Tribunal Supremo (Sentencia pronunciada por la Sección Sexta de su Sala Tercera, el

día 20 de mayo de 2008, en recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España contra el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de Organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944) estimó la pretensión de anulación de la mayor parte del artículo 145 del Reglamento Notarial (RN). Resumo la exposición, en los fundamentos de derecho, de la argumentación de la parte (demandante) que entendía: la inserción de un “control de legalidad” determinante de la “denegación de la autorización”, en los amplios términos en que se hace, es contrario (sic.; —¿es contraria la inserción? o ¿es contrario el control?—) a la legalidad vigente; señalaba que una cosa es “excusar su ministerio” (lo que puede hacer con las advertencias notariales) y otra “negar la intervención notarial”; y razonaba en concreto: A) Que el art. 145 implica una ampliación indebida de las funciones notariales y es contrario a los artículos 1, 2, 17 y 24 de la LN.; B) Que la función de control de legalidad tiene que venir impuesta por una ley y producirse cuando ya está realizado el acto o contrato y no antes; C) Que el pretendido “control de legalidad” notarial, denegatorio del otorgamiento, va en contra de derechos civiles fundamentales.

En el Fundamento de Derecho SEXTO se dice que la amplia argumentación de la recurrente cuestiona el alcance del control de legalidad atribuido a los notarios por el precepto, que dicho control debe concretarse al otorgamiento con las pertinentes advertencias, rechazando la denegación de otorgamiento que ha de establecerse expresamente por ley.

La S citada declaró nulo el texto del artículo 145 del RN a partir del punto en el que la autorización o la intervención del notario se declara obligatoria pero sólo una vez que los interesados le hayan proporcionado los “antecedentes” necesarios para ello; y además todo lo referente a la posibilidad, no obstante la obligatoriedad de la autorización o de la intervención, de que el notario, en su función del control de la legalidad, no sólo deba excusar su

ministerio sino negar la autorización o intervención en casos de infracción de una norma legal o de falta de acreditación de los requisitos legalmente previos, o de falta de capacidad legal necesaria por todos o alguno de los otorgantes, o de falta de acreditación de la representación legada (salvo que sea posible la ratificación posterior y concurra asunción de la situación por los posibles perjudicados y consentimiento de todos los otorgantes); la declaración de nulidad se extendió a la regulación reglamentaria de la conducta del notario al recibir un expediente administrativo o una resolución judicial que dieran lugar al otorgamiento de un instrumento público; y también, como consecuencia natural, se extendió al recurso ante la DGRN contra una negativa considerada injustificada. La S citada vino a admitir que la obligación del notario de proceder a autorizar o a intervenir un documento no depende de que se le hayan facilitado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello; que el ejercicio de la función del control de legalidad debe concretarse al otorgamiento con las consiguientes advertencias notariales a los interesados; y que el ejercicio del control de legalidad material no puede justificar la denegación del otorgamiento, cuya facultad de denegación ha de establecerse expresamente por ley.

Pero éste no es el único pronunciamiento jurisdiccional recaído sobre esta materia; el Fundamento Jurídico núm. 8 de la S del Tribunal Constitucional 207/1999, de 11 de noviembre, dijo: “a los Notarios, en cuanto funcionarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica, dado que el artículo 1 de la vieja Ley por la que se rige el Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, dispone que el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, función de garantía de legalidad que igualmente destaca el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944

en su artículo 145, párrafo 2, al imponer a los Notarios no sólo la excusa de su ministerio sino la negativa de la autorización notarial cuando... el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos para la plena validez de los mismos. La función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función como funcionario público”.

No voy a dedicar mi esfuerzo a comentar la citada Sentencia del TS, ni en términos generales ni en concretos. No puedo sustraerme a señalar que muy probablemente un Notario en activo se negará a autorizar una escritura que formalice un acto nulo de pleno derecho por ser contrario a leyes imperativas o prohibitivas, o, más en concreto, que formalice una segregación o una parcelación cuando no se le acrediten las autorizaciones previstas en la legislación del suelo o urbanística, o una compraventa, sin cláusulas singulares o atípicas, cuyo precio no sea satisfecho conforme a lo previsto en la Ley de prevención del fraude. Resulta innecesario comentar otros ejemplos.

Creo que el notario no puede, ni debe, dar fe de los actos y contratos que no sean conformes a las leyes. La autonomía de voluntad privada tiene fundamento constitucional (arts. 10 y 38 CE, Díez-Picazo, V. I., 1993, 126) y reconocimiento legal, en su aspecto dispositivo (art. 1255 CC) y en su aspecto integrativo (art. 1258 CC). Pero el uso de la autonomía privada tiene límites: los contratantes no pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público y deben cumplir lo expresamente pactado (dentro de dichos límites) pero no las consecuencias que según su naturaleza no sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley; el notario no puede dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales que no sean conformes con las leyes porque sus pactos cláusulas y condiciones desborden los límites que

están establecidos por la ley para el ejercicio de la autonomía privada..

Otro tema de reflexión es el comentario que en la citada S del TS se hace acerca del carácter “preconstitucional” de la norma impugnada y anulada; la “preconstitucionalidad” invocada por la “parte demandada” no limita, según la comentada sentencia, la aplicación del principio constitucional de reserva de ley, que no resulta satisfecho o amparado por lo dispuesto en el art. 1217 CC. El TS considera preconstitucional y carente de cobertura legal al artículo 145 del R 1944 que señalaba los casos en los que el notario “no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial”. Pero, frente a este razonamiento, no puede ignorarse que el texto del art. 145 RN 1945, repite literalmente el del art. 145 del RN aprobado por D. de 8 de agosto de 1935, en periodo constitucional de la II República. Antes, en el RN de 7 de noviembre de 1921, promulgado durante la vigencia de la “Constitución de la Restauración”, se contenían dos normas que merecen recuerdo: una, la del art. 249, que disponía que el notario “deberá” negarse a autorizar la escritura (entre otros casos) cuando en el contrato se introduzcan pactos o reservas contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se omitan los que con arreglo a las leyes sean necesarios para la plena validez del contrato; otra, la del 255, referente a la falta de aportación de los documentos necesarios para redactar la escritura de manera que pueda obtener su inscripción, en cuyo caso, por regla general, se indicaba que el notario “la autorizará salvando su responsabilidad con la correspondiente advertencia” (de la previsible falta de inscripción), exceptuando de dicha regla general el caso “de que la inscripción sea forzosa, según la naturaleza del contrato, para que éste tenga validez” (caso de la hipoteca, del contrato de sociedad civil al que se aporten inmuebles, y de la enfiteusis; sin aludir a las sociedades mercantiles). Es claro que el RN 1921 empleó “validez” como sinónimo de eficacia. Por otra parte resulta apropiado, en apoyo la opinión que creo mejor fundada, en cuanto a este tema de la “preconstitucionalidad” y al de la reser-

va de ley, el recuerdo del criterio manifestado por el TC, cuando estimó la existencia de un juicio de legalidad a cargo de los notarios en el desempeño de la función notarial, apoyándose en el texto del art. 1 de la LN, (precisamente en su frase alusiva al “conforme a las leyes”), y señalando que dicha función de garantía de legalidad igualmente aparece destacada en el RN, en su artículo 145. Para el TC el juicio de legalidad a cargo del Notario en el desempeño de la función notarial que le incumbe en cuanto funcionario público resulta del art. 1 de la LN (está en la Ley), y resulta igualmente destacado en el art. 145 del RN (por tanto, sin infracción de reserva de Ley).

Comentaré, según mi punto de vista, muy individual y personal, apoyándome en la doctrina expuesta por el TC algunas otras facetas del juicio de legalidad que debe formar el notario, en cuanto funcionario público, respecto de los contratos y demás actos extrajudiciales de los que “dé fe” al autorizar un documento notarial, tanto sea entre vivos como sea un testamento.

“Autorizar” es un verbo transitivo que tiene, en lo que nos afecta, dos sentidos (según el D de la RAE y el de M. Moliner): 1) Dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa; 2) Dar fe el escribano o notario en un documento o, de manera más general, legalizar, legitimar o dar validez a un documento. Aparece usado en el primer sentido por el artículo 1º de la LN 1862 cuando dispone: “El notario es el funcionario público **autorizado** para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Y en el segundo lo usa el artículo 1216 del CC: “Son documentos públicos los **autorizados** por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”.

El Notario está investido de una “facultad” por la que se le autoriza para dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales **conforme a las leyes**. Y cuando el notario, mediante el uso de dicha facultad, autoriza (es autor) con las solemnidades requeridas por la ley de un documento (que formaliza o presenta contratos o demás actos extrajudiciales), da a dicho

documento la validez o eficacia (la fehaciencia y la autenticidad) propia de los documentos públicos. El documento del que es autor un notario es documento público, y tiene valor o eficacia como tal, cuando el notario, al ejercer la función pública notarial, lo ha **autorizado** con las solemnidades requeridas por las leyes; y además, cuando al actuar como autor del documento ha formulado, como indica el TC, un juicio, conforme a las leyes, sobre la forma y el fondo del negocio jurídico documentado; de lo que resulta la observancia de la legalidad en cuanto a las formas extrínsecas y a las solemnidades sustanciales, unas y otras requeridas por la ley.

Una reflexión acerca del inciso adyacente circunstancial de núcleo de la oración **“dar fe”**; el papel circunstancial corresponde a las palabras **“conforme a las leyes”**, que aparecen intercaladas entre el verbo y su complemento directo o término adyacente. El inciso especifica con más precisión y en detalle la realidad que efectúa, o la actividad a que se refiere, el verbo o núcleo de la oración: **“dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales”** (Cfr. Alarcos Lorach, 1994, 257). La actividad encomendada al notario no es la de **dar fe** de una manera general e indeterminada, sino una más concreta definida por su complemento directo; es la de **“dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales”** (de los actos y contratos en que consista el hecho del otorgamiento), cuya actividad debe realizar, según dicho adyacente circunstancial, **“conforme a las leyes”**. Referir el complemento circunstancial “conforme a las leyes” exclusivamente al núcleo verbal “dar fe” omitiendo al complemento directo del núcleo verbal (“de los contratos y demás actos extrajudiciales”) no resiste el más elemental análisis gramatical; tampoco uno sistemático, pues la función pública y jurídica encomendada al notario no es la genérica e indeterminada de “dar fe” (función pública), sino la más concreta y definida de “dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales” “conforme a las leyes” (función jurídica que se añade inseparablemente a la pública). La actuación “conforme a las leyes” tiene amplia ascendencia normativa en nuestro

derecho; ya aparece en los siguientes textos del Fuero Real: “...estos escribanos fagan cartas... derechamente...” (I-VIII-I) “e fáganlas derechas en todas las otras cosas, así como mandan las leyes” (II-IX-3);

En el artículo 17 bis de la LN, texto introducido por el artículo 115 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social se dispone (a consecuencia de que la autorización o la intervención del documento electrónico debe estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos) que, con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, “el notario deberá **“dar fe”** ...**“de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad informada de los otorgantes o intervinientes”**”. En la doctrina y en la práctica se distingue entre el “otorgamiento” como acto (“el acto del otorgamiento”) y el “hecho en que consiste el otorgamiento” (“el hecho que motiva el otorgamiento”); la prestación o la declaración del consentimiento contractual son el hecho que motiva el otorgamiento. El notario debe dar fe, o expresar su juicio, acerca de: i) que el consentimiento contractual ha sido libremente prestado; ii) que el “hecho en que consiste el otorgamiento” se adecua a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes (que perfecciona un acto o contrato); y iii) que dicho hecho de perfección contractual se adecua a la legalidad. He cambiado el orden de la frase del texto legal para destacar cómo la conjunción cumulativa **“y”** que une al “otorgamiento” con la “voluntad de los otorgantes” significa que la dación de fe, o la expresión de juicio, acerca de la adecuación a la legalidad se refiere cumulativamente a que “el consentimiento libremente prestado” integra el otorgamiento, que se adecua a la legalidad y, a la vez, a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

Puede decirse con propiedad terminológica que el notario no ejerce un control de le-

galidad sobre una realidad, hecho o acto, ya existente, cumplido o realizado, sino que debe ajustar su propia conducta tanto al autorizar un documento notarial, haciéndolo documento público, como al autorizar un contrato o acto extrajudicial que se adecue a la legalidad y se constituya, se documente o se presente en el documento autorizado. El deber del notario de velar por la legalidad sobre la forma y sobre el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público forma parte de su función como funcionario público (cfr. S TC 207/1999, de 11 de septiembre, antes citada).

Merece atención lo establecido respecto al “Régimen disciplinario de los Notarios, que se encuentra en la norma “dos” del artículo 43, dedicado al “Régimen del Cuerpo único de Notarios”, de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Nos interesan, entre las infracciones tipificadas, dos: una muy grave y otra grave.

Se tipifica como muy grave: A)-c): “La autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos, a sus formas y reglas esenciales siempre que se deriven perjuicios graves para los clientes, para terceros o para la Administración”. La conducta tipificada no es “la autorización o intervención [que sea] contraria a las leyes”, sino la “autorización o intervención de documentos contrarios [que sean] contrarios a lo dispuesto en las leyes...”. No es difícil entender que un documento puede ser contrario a las leyes y a sus reglamentos, entre otros supuestos, por vicios del contrato o del acto extrajudicial cuya perfección formalice o presente.

Las normas reguladoras del régimen disciplinario de los funcionarios civiles del Estado son subsidiariamente aplicables, por lo que el Notario, a su amparo, puede, y debe, formular un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del documento autorizado o intervenido con la finalidad de evitar incurrir en una infracción muy grave; esta finalidad se suma, y no se opone, a la que corresponde a la función pública notarial al servicio de la seguridad jurídica.

Se tipifica, además como grave: B)-b): “La negativa injustificada y reiterada a la prestación de funciones requeridas...”

Esta infracción tipificada como grave debe ponerse en relación con alguna norma “clásica”. Por ejemplo, el artículo 2 de la LN, precepto vigente desde 1862 sin variación y conforme al cual: “El Notario que, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, negare sin justa causa la intervención de su oficio incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes”. Es fácil interpretar este precepto en relación con la posibilidad de que un notario negare la intervención de su oficio en un caso determinado al amparo de una justa causa: no incurrirá en responsabilidad. No cuesta esfuerzo señalar que la negativa a la prestación de funciones puede estar justificada por diversas razones; entre ellas que el contrato o el acto extrajudicial sea contrario, conforme al art. 1255 CC, a lo dispuesto por las leyes, a la moral y al orden público. Otro ejemplo lo proporciona lo dispuesto en los artículos 21 y 22 LH, sin variación sustancial desde 1861, de ellos resulta: uno, que los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse deberán expresar todas las circunstancias que debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos; y dos, que el notario será responsable frente a los interesados de cualquier omisión que impida inscribir el acto o contrato. A nadie, tampoco al Notario, se le puede obligar a asumir una responsabilidad causada por una deficiencia de su propia actuación; advertida por el notario la deficiencia es muy defendible la existencia de una justa causa que justifique su negativa a la prestación de funciones para dar fe de un contrato o acto incompleto y con una eficacia deficiente; aunque nada impide que los comparecientes propongan llegar al otorgamiento del contrato o acto no inscribible por incompleto, exonerando al notario de la responsabilidad frente a ellos por dicha deficiencia (aunque esto nos conduce al problema de la “renuncia a la inscripción” o del “compromiso de no inscribir”).

Creo claro que el notario no controla la legalidad de algo que tenga existencia previa sino que debe proceder con las solemnidades requeridas por la ley al autorizar una escritura o al intervenir una póliza y debe ejercer su función de dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales conforme a las leyes; incluso cuando la disposición de voluntad consista en reconocer un contrato anterior o en modificar un documento notarial anterior.

El “Proyecto de Ley por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito”. Conforme a su artículo 1 (Ámbito de aplicación), lo dispuesto en dicha Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con las personas físicas o jurídicas que, sin ser entidades de crédito o sus agentes o que realicen actividades incluidas en la Ley de Venta a plazos de Bienes muebles, de manera profesional, (en adelante las empresas), realicen cualquiera de las actividades que consistan en la concesión de préstamos o créditos hipotecarios o cualquier otro medio equivalente de financiación o en la intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o de crédito. Interpreto que la referencia a la “contratación de los consumidores”, o a la “actividad de contratación” de la empresa (Capítulo II), debe entenderse hecha a la actividad de la empresa en la “formación del contrato”, o sea: las comunicaciones comerciales y la publicidad, la confección y entrega de un folleto informativo, el suministro de información previa al contrato en particular lo referente a la tasación del bien y a otros servicios accesorios, la oferta vinculante y las condiciones del contrato. En relación con la formalización notarial del contrato dispone que los notarios, “en su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y contratos que autorizan denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”. Me basta destacar, sin comentar detalles de técnica jurídica,

que una vez promulgada la Ley proyectada un texto legal reconocerá a cargo del notario “un deber genérico de control de legalidad de los actos y contratos que autorizan” (que es una manera de expresar el deber de dar fe de los actos y contratos conforme a las leyes) y el deber de denegar la autorización cuando el hecho en que consista el otorgamiento no cumpla la legalidad vigente y, en particular, los requisitos previstos en esta ley para la fase de formación del contrato.

C) LA CALIFICACIÓN POR EL REGISTRADOR DE LA VALIDEZ DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS CONTENIDOS EN LAS ESCRITURAS PUBLICAS

Acepto, en lo que toca al tema que nos ocupa, la doctrina que sostiene que en el Registro de la Propiedad se inscriben “los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas” con el resultado de publicar “derechos reales inmobiliarios”, (el primero, el de propiedad). Los derechos se publican según resulta de su título con la finalidad de producir los efectos sustantivos que resultan de su “toma de razón” en el Registro (publicidad material); a la vez son materia de la “Publicidad de los Registros” (publicidad formal) —Título VIII de la LH— establecida para satisfacer la utilidad de que el contenido de los Libros del Registro sea conocido, y su conocimiento preste al tráfico el servicio previsto en la Ley (el conocimiento de las titularidades registradas permite a los partícipes en el tráfico valorar la seguridad que puedan obtener del contenido del Registro).

Conviene un rápido repaso de la evolución histórica hasta llegar a la calificación de los “actos dispositivos” contenidos en las escrituras públicas.

El Proyecto de Código Civil de 1851, dispuso en su artículo 1821: “Solo podrán inscribirse los títulos que consten en escritura pública, y las providencias judiciales que consten de certificaciones expedidas en forma auténtica”; en el artículo 1883 disponía que el “tenedor del registro” “inscribirá bajo su responsabi-

lidad únicamente los (títulos) que estuvieren arreglados a la ley; en el 1884 distinguía el caso de suspenderse la inscripción, por advertir en el título algún defecto que sea subsanable, de aquel otro en el que se rehusase definitivamente la inscripción; y en el 1885 obligaba al “tenedor del registro” a dar certificación a cualquiera que lo exija (sic), pagando los justos derechos, de lo que en él conste, o de que nada resulta. (Cfr. García Goyena, III-IV, 1852, 234).

En la LH 1861 la calificación (art. 18) tenía por objeto “la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción, y la capacidad de los otorgantes por lo que resulte de las mismas escrituras”. Su Exposición de Motivos justificó: “Solo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego: los documentos privados no solían admitirse en los registros. Cambiar en este punto y por regla general lo existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial: no debe recibir el sello de un archivo público mas que lo que no deje dudas de su legitimidad. Por eso la comisión, siguiendo en parte lo propuesto en el proyecto de Código civil, propone que solo puedan ser inscritos los títulos consignados en escritura pública, en ejecutorias o en documentos auténticos, expedidos en forma legal por el Gobierno o por sus agentes” (Leyes hipotecarias, T. I., V. I., 1990, 244). La LH 1861, en los artículos 65 y 66, trató además, siguiendo al proyecto de CC 1851, de las faltas subsanables y de las insubsanables, definiendo unas y otras y señalando el respectivo régimen (eran subsanables las que afectaban a la validez del título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación constituida —y producían el efecto de anotar preventivamente el título— y eran insubsanables las que producían necesariamente aquella nulidad —e impedían la anotación—). “La ley se ha limitado a las nulidades patentes, sin autorizar a los registradores a llevar más adelante sus investigaciones, ni entrar en el examen de la validez o nulidad de las escrituras bajos otros aspectos, cuya apreciación en su caso sólo co-responderá a los juzgados y tribunales” (Gó-

mez de la Serna, T. I., 1862, 530). Bienvenido Oliver inspiró la Orden de 24 de noviembre de 1874 que extendía la calificación “...a la validez de las obligaciones de las escrituras públicas”. Lo dispuesto en esta Orden pasó a la LH 1909.

Como señaló un autor (Sanz Fernández, 1955, 2º T., 161), el sistema seguido por la LH 1909, sometía a la calificación del Registrador *la validez de las obligaciones*, por lo que produjo como consecuencia la existencia de una **dobles calificación**: la del Notario autorizante del título y la del Registrador; cuya situación se había planteado ya desde la Ley Hipotecaria de 1861 por autores que habían deducido consecuencias de la redacción de sus artículos 18 y 65. Este autor criticó que la calificación hubiese tenido por objeto (LH 1909) la validez de las obligaciones porque, en su opinión, desde el punto de vista registral no debe interesar la validez de las obligaciones contenidas en el título sino la validez o nulidad del acto o contrato inscribible y, además, porque extendía la calificación registral a extremos que ni pueden ni deben caer bajo la competencia del Registrador. Y a seguido Sanz Fernández destacó cómo la reforma de 1944-46 “ha evitado estos inconvenientes” al referir la calificación que ha de realizar el Registrador a *la validez de los actos dispositivos*, es decir a la de los actos inscribibles contenidos en el título presentado; añadiendo que entre cuyos actos inscribibles, conforme al sistema de título y modo, se comprende la validez del contrato, precedente causal necesario e inexcusable para la validez del acto dispositivo. En mi modesta opinión podría resultar más exacto, en el marco de nuestro ordenamiento, omitir la referencia al juego entre el negocio obligatorio y el negocio dispositivo teniendo presente que la validez o regularidad del contrato es precedente causal necesario e inexcusable para que pueda producirse el efecto dispositivo; teniendo presente que el contenido del acto dispositivo, y no otros extremos, debe nutrir al texto del asiento de inscripción.

Procede, ahora, que analicemos el alcance de la “calificación de la validez”. No se trata de un

término que deba contraponerse a “nulidad”; expresa la cualidad de eficacia, o de idoneidad, para producir el efecto de una “mutación inmobiliaria” en la realidad jurídica y, producida ésta, para provocar y justificar la “toma de razón” en el Registro de la mutación ya acontecida. (No comento los casos de inscripción constitutiva; como es el de la hipoteca, garantía real cuya existencia y efectos se manifiestan exclusivamente mediante la inscripción de la escritura de constitución; tampoco el de otros derechos reales a cuyo titular corresponde la posesión del inmueble sobre el que recaen, y de los efectos que resultan de los negocios acerca de la situación nacida de la posesión en defecto de inscripción, según que exista o no un determinado cauce de necesaria observancia para la formación de dichos negocios.

La determinación de la función a la que sirve la calificación ha sido materia de estudio. La calificación no amplía la eficacia del título, que la lleva en sí mismo, sino que se limita a constatar su condición de inscribible a fin de darle asiento en el Registro. La calificación es una *conditio iuris*, pero no de la eficacia del asiento, sino de la práctica del mismo. La eficacia se predica del título inscrito, es decir de la inscripción y de su causa. (Martínez Sanchiz, 2000, 158 y 159). La calificación acerca de la “validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”, referida al conjunto del título y modo determinante en nuestro ordenamiento de la mutación inmobiliaria (salvo cuando no concurra una posesión que sea materia de tradición), ha de controlar la efectiva producción de la “mutación inmobiliaria” y ha de seleccionar aquellos elementos componentes de dicha mutación que deban constar en el asiento de inscripción para servir tanto de base a la seguridad del derecho que resulta inscrito como a la publicidad que pueda servir de apoyo a la decisión de un presunto adquirente que pretenda gozar de la protección que le brinda el sistema registral.

Íntimamente ligado a lo que acabo de exponer aparece el ámbito en el que debe desenvolverse la calificación, lo cual no es un tema pacífico.

En un extremo podemos situar a quienes entienden que la calificación tiene por objeto el contenido íntegro del título, tanto al negocio obligacional como al negocio de disposición. Se indicó (hace años): a) que en la moderna legislación germánica la facultad de calificar ha quedado extraordinariamente limitada por la separación del acto causal, que apenas si es tenido en cuenta para los efectos del Registro, y el acto propiamente inscribible, cuyos elementos son pocos y simples, y b) que en nuestro sistema (dicha facultad) se ha desenvuelto en tan desmedidas proporciones que abarca todo lo divino y lo humano. (Jerónimo González, T. I., 1926-1948, 436 y 437). Se ha propuesto (Roca Sastre, 6ª ed. T. II., 1968, 242), para evitar dicha desmedida extensión, que podría adoptarse en nuestro derecho la misma diferenciación que en la legislación germánica (lo cual exigiría una modificación sustancial del sistema): el Notario podría limitarse al negocio obligacional y el Registrador al de disposición. Me interesa recordar que, conforme a la legislación germánica, este negocio abstracto de disposición también debe formalizarse en documento público, sujeto al deber de legalidad que debe cumplir el notario autorizante en el ejercicio de su función. En nuestro ordenamiento se sigue el principio causalista: la mutación real inmobiliaria se produce, en el tráfico, a consecuencia de ciertos contratos (título causal) mediante la tradición (modo causalizado); la calificación controla la eficacia del acto dispositivo y su idoneidad para producir efectos reales, por lo que no podrán tener acceso al Registro los actos o negocios que jurídicamente deban calificarse de nulos, inexistentes o anulables (Díez-Picazo Ponce de León, V.3.º, 4ª ed. 1995, 386). No es fácil que los fundamentos de estas causas de ineficacia resulten de la escritura notarial sujeta a calificación, atendida la cualidad de autenticidad y de fuerza probatoria de la escritura en la esfera judicial y por reflejo en la extrajudicial y la circunstancia de que el Registrador debe calificar por lo que resulte de la escritura; a salvo el caso de falta de legitimación que publiquen los asientos del Registro.

En otro extremo están quienes opinan que la extensión de la calificación viene definida y determinada por la función que sirve; por el servicio a la utilidad del sistema registral. El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos sobre bienes inmuebles, títulos que valen para una finalidad traslativa, constitutiva y extintiva (dicho con generalidad) (arts. 1 y 2 LH); el Registro es una institución destinada a proporcionar firmeza a los derechos y posiciones de naturaleza real que resultan de los títulos inscritos y son favorables a su titular según al asiento de inscripción (arts. 38 y concordantes) y a informar a los presuntos adquirentes, especialmente a los que sean terceros respecto de los títulos ya inscritos, de la situación jurídica existente, que puede y debe apoyar a la seguridad en la solidez de los derechos o de garantías que se adquieran confiando en la exactitud y veracidad de dicha situación (arts. 32 y 34 y concordantes). La calificación del Registrador, según esta opinión, debe limitarse al control de la regularidad del título en su función de fuente de una mutación jurídica inmobiliaria; lo cual tiene su apoyo legal en el artículo 9 LH, cuyo sentido conduce a estimar que la calificación del título (con el cual han de guardar conformidad las circunstancias que expresará la inscripción) debe contenerse en el marco definido por la extensión de la materia que debe constar en el asiento de inscripción del título.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado sobre la cuestión recientemente. En Resolución de 19 de abril de 2006 sostuvo que por imperativo del artículo 18 de la LH “la calificación que debe efectuar [el registrador], como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad”; la calificación, primero, ha de depurar lo que tiene trascendencia y lo que no, y, segundo, como control de legalidad, ha de determinar si lo inscribible puede acceder al Registro; ambas actividades

constituyen el marco y límites a que debe sujetarse la actuación del funcionario calificador a los efectos de permitir o negar la inscripción del título. La DGR y N, entre otras citadas en los “vistos” de éstas, en Resoluciones de 22 y de 24 (dos) de marzo, de 5 y de 6 de mayo y de 24 de julio, todas del año 2008, recuerda dicha doctrina que “circunscribe la actuación del registrador al contenido de su verdadera función —calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario (art. 18 LH)—, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad, porque así se deriva del ámbito objetivo al que se refiere la inscripción en dicho Registro (arts. 1 y 2 LH y 4 y ss. RH), así como los efectos de ésta —publicidad *erga omnes* (que lleguen a ser terceros adquirentes inscritos) de tales derechos reales inmobiliarios—”, y destaca lo expresado al respecto en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y el sentido de la modificación introducida en el artículo 12 LH.; conforme al cual, sea quien sea el acreedor a cuyo favor se haya constituido la hipoteca y como regla general, el registrador sólo puede calificar y, por tanto inscribir si su calificación es favorable, las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria. Distingue así, el Centro Directivo, entre las cláusulas de trascendencia real y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción ni, por tanto, de calificación. Añade que el enjuiciamiento de validez o nulidad de las cláusulas de contrato formalizado en el título se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes. La expresión del artículo 18 LH relativa a la calificación de “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”, no significa, según la citada Resolución de 24 de julio 2008, la atribución al Registrador de una potestad típicamente jurisdiccional, como es la de declarar la nulidad o la validez de un negocio jurídico, lo que además exigiría un proceso contradictorio, sino tan sólo la de revisar si ese negocio jurídico es, desde la exclusiva perspectiva registral, inscribible; criterio corroborado por lo establecido en el artículo 66 LH.

El “Proyecto de Ley por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito”, antes aludido, dispone que los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Las palabras empleadas no son de fácil interpretación; la referencia al “incumplimiento de la legalidad vigente” podría servir para replantear la extensión de la función calificadora; pero con mejor criterio, en mi opinión, la legalidad vigente, referida a la inscripción de títulos constitutivos de hipoteca a favor de quien quiera que sea su titular, resulta de lo establecido en el artículo 12. 1., puesto en relación con lo dispuesto en el 18 LH, con el sentido y alcance definido por la doctrina de la DGR y N en las resoluciones, reiteradas y recientes, antes comentadas.

7. A MODO DE CONCLUSIONES

No existe una dualidad o duplicidad de “controles de legalidad” coincidentes que se repitan o superpongan.

La calificación registral significa un verdadero y propio control de algo que es “exterior” al Registrador y sobre lo que se proyecta, o recae, su actividad. Para ejercer dicho control se sirve de lo que resulte de la escritura pública presentada (que a la vez objeto del control) y de los asientos del Registro. El control tiene por objeto: las formas extrínsecas de la escritura, la capacidad de los otorgantes y la legalidad

de los actos dispositivos contenidos en la escritura calificada. Y por finalidad procurar que la inscripción de la escritura publique derechos y titularidades coincidentes con la realidad jurídica extra-registral; evitando en lo posible la inexactitud del Registro, de la que se seguiría notable daño para la seguridad jurídica.

El notario no ejerce una función o actividad de control (aunque se emplee este término) de legalidad sobre algo que le sea exterior o extraño. El notario en el ejercicio de su función pública se conduce, se debe conducir, ajustadamente a las leyes. En relación con el documento, con la escritura pública notarial: debe autorizarla “con las solemnidades requeridas por la ley”. En relación con el acto o contrato documentado o presentado en la escritura: debe dar fe de que es conforme con las leyes, sin distinción entre el acto de celebración y el contenido de la voluntad negocial que lo integra o constituye. El notario debe cumplir su deber de conducirse ajustadamente a las leyes siempre, tanto al documentar los actos dispositivos que produzcan una mutación inmobiliaria como al documentar los que formalicen el reconocimiento de una mutación ya realizada o su modificación; cuyo deber se extiende a todos los demás actos y contratos entre vivos con contenido distinto a una mutación jurídico-real inmobiliaria o a las disposiciones testamentarias. La conducta del notario, ajustada a las leyes, justifica la eficacia probatoria de las escrituras que autorice y su autenticidad formal y material; todo necesario para proporcionar seguridad jurídica al tráfico.

La calificación registral de legalidad es complementaria del deber notarial de proceder conforme a las leyes. Esta complementariedad sirve eficazmente a la seguridad jurídica privada en el campo inmobiliario.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, V. I. 4ª ed., Madrid, 1993 y V. III. 4ª ed. Madrid 1995.
GARCÍA GOYENA, *Concordancias motivos y comentarios del Código Civil Español*. Madrid, 1852, Tomos III y IV.
GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria*. Comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera. Madrid, 1862, T. I.

GÓMEZ GÁLLIGO, *La calificación registral*. En la obra de varios autores, *La evolución del Derecho Registral en los últimos cincuenta años*. Madrid. 1997. *Leyes hipotecarias y registrales de España, Fuentes y evolución*, T. I. V. I., Madrid, 1989.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, DON JERÓNIMO, "Principio de legalidad", en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Madrid, 1948 (tomado de RCDI, 1927, pág. 597).

LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed. Zaragoza 1957.

MARTÍNEZ SANCHÍZ, "Sobre el título inscrito", *Revista jurídica del Notariado*, enero-marzo 2000.

NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL, "El Registro de la Propiedad Español", *RCDI*, marzo 1949, núm. 250. y abril 1949, núm. 251.

ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario*. T. II., 6ª ed. Barcelona, 1968.

SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*. T. II., Madrid, 1955.

Fecha de recepción: 15 de enero de 2009

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009